

Corte di cassazione

Diritto d'autore

La decisione

Risponde del reato di cui all'art. 171 bis legge n. 633 del 1991 colui che abusivamente - dopo aver acquistato una sola licenza di un programma informatico - duplichi, per fine di profitto, tale programma per elaboratore, installandolo su più personal computers della propria azienda.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 15 febbraio 2012 (c.c. 19 dicembre 2011) - DE MAIO, *Presidente* - MARINI, *Relatore* - FRATICELLI, *P.M.* (conf.).- Melandri, ricorrente

In tema di diritto d'autore e *software* indebitamente duplicato

1. L'art. 171 *bis* è stato per la prima volta introdotto con il decreto legislativo n. 29 dicembre 1992 n. 518, il quale ha provveduto ad estendere la tutela del diritto d'autore anche ai programmi per elaboratore elettronico, e poi modificato dapprima con il decreto legislativo n. 169 del 1999 - che ha introdotto una previsione intesa ad apprestare la necessaria tutela anche alle banche dati laddove fosse possibile considerarle quali opere dell'ingegno - e successivamente dalla legge 18 agosto 2000 n. 248.

L'elemento oggettivo della fattispecie è integrato da una serie di condotte ("abusivamente duplica... programmi per elaboratore o ... importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione") tutte integranti particolari modalità di utilizzo del software ed idonee ad arrecare un pregiudizio agli interessi patrimoniali facenti capo al titolare dei relativi diritti di sfruttamento. In sostanza, l'indicazione del comportamento vietato viene operata dall'art. 171 *bis* facendo riferimento al contenuto dei vari diritti di utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno - disciplinati in via generale dagli artt. 12 ss. della legge n. 633 nonché, per quanto riguarda i programmi informatici, dalle previsioni di cui agli artt. 64 *bis* ss. della medesima legge -, dichiarando che l'esercizio di tali diritti dà luogo ad un illecito penale laddove venga posto in essere "abusivamente".

Problemi definitori si pongono proprio con riferimento a tale avverbio essendo complesso il riconoscimento delle circostanze in presenza delle quali l'assunzione di alcune delle condotte ora menzionate può qualificarsi come "abusiva". In termini generali può dirsi che è abusiva la condotta con cui il soggetto agente esercita, in relazione al programma informatico, diritti di cui non è titolare, andando così a ledere nel contempo gli interessi patrimoniali del soggetto cui tali facoltà giuridicamente competono. Questa definizione è senz'altro corretta, anche se è al contempo molto generica: sostenendo che è

abusivo l'utilizzo del *software* effettuato da chi non è titolare dei diritti volta a volta concretamente esercitati si fa dipendere la possibile qualificazione di abusività di una condotta dai diritti di cui eventualmente risulti titolare il soggetto agente e dagli eventuali accordi contrattuali esistenti fra questi ed il creatore o produttore del programma informatico. Ciò significa dunque che l'individuazione del significato dell'avverbio "abusivamente" non può essere operata in astratto ed in via generale con riferimento a qualsiasi condotta di utilizzo del *software* assunta da soggetti diversi dall'autore o dal produttore del programma informatico, giacché essa è destinata a variare a seconda delle circostanze di fatto ed in particolare a seconda che nella fattispecie considerata sia o meno rinvenibile un titolare in via esclusiva dei diritti di sfruttamento economico del *software*, nonché in relazione alle facoltà ed alle possibilità di utilizzo del prodotto che dall'originario titolare dell'opera dell'ingegno siano state trasferite al soggetto agente (Per questa impostazione, ad esempio, Cass., sez. III, 11 luglio 2007, Casalini, in Mass. Uff., 237544; Cass., Sez. III, 17 settembre 2004, in Mass. Uff., 230090. In dottrina BLENGINO, *Difese e sanzioni penali*, in *Giur. It.*, 2011, 2207; DE FALCO, *CD "pirata": fatti chiari e norme oscure. Le Sezioni Unite non cancellano i dubbi*, in *Dir. Giust.*, 2006, 51), per cui non può qualificarsi come abusiva la condotta di duplicazione di programmi informatici cosiddetti *freeware*, rispetto alla circolazione ed allo sfruttamento dei quali cioè l'autore o il soggetto titolare del relativo diritto non ha posto alcuna limitazione o la duplicazione del *software* quando tenuta nelle condizioni richiamate dagli artt. 64 *ter* e 64 *quater* della legge n. 633.

In conclusione, sotto il profilo oggettivo la condotta di illecito utilizzo del *software* penalmente sanzionata dall'art. 171 *bis* della legge n. 633, consiste nell'esercizio dei diritti di sfruttamento economico di tale prodotto intellettuale da parte di chi non ne è titolare: il reato in discorso, per appunto, ricorre quando si procede alla distribuzione, alla vendita, alla locazione del programma per elaboratore senza che nessuna fonte giuridica attribuisca al soggetto agente tali facoltà. Tuttavia, se è indiscutibile che quando il soggetto è privo di qualsiasi titolo giuridico rispetto al *software* qualsivoglia condotta egli porrà in essere rispetto a tale bene si tradurrà in un illecito penale - si pensi, ad esempio, al singolo che, dopo aver abusivamente effettuato una notevole serie di copie del singolo programma, proceda alla vendita delle stesse presso terzi - assai più complessa invece si palesa la soluzione in altre circostanze, nelle quali cioè il soggetto agente risulti titolare di alcuni diritti rispetto al programma informatico - perché, ad esempio, ne ha legittimamente acquistato una copia o una licenza d'uso da parte del venditore -, ma di fatto ponga in

essere condotte che travalicano il contenuto di tali diritti ovvero eserciti le sue legittime facoltà in maniera difforme rispetto ai termini contrattuali. Esemplificando, sussiste il delitto in commento laddove il singolo proceda a duplicare il prodotto informatico per facilitarne l'utilizzo ma limitatamente alla sua sfera giuridica - si pensi all'acquirente che faccia una copia del programma per installarlo sul *computer* che utilizza nella abitazione ed in quello sito sul luogo di lavoro? Analogamente, ha rilevanza penale il comportamento - preso proprio in esame nella decisione in commento - di chi, legittimato dal contratto con il produttore di *software* ad installare il sistema informatico su un determinato numero di *personal computer*, utilizzi il programma su un numero di elaboratori superiore a quello concordato? Ancora, si è in presenza dell'illecito quando un soggetto, esercente attività imprenditoriale, possieda ed utilizzi una singola copia "pirata" del programma informatico?

Infine, problematico pare anche definire la sorte del soggetto che si limiti solamente ad acquistare un supporto informatico non conforme alle prescrizioni della legge n. 633, perché realizzato mediante una illecita duplicazione del *software* originario: si è in presenza di una violazione dell'art. 171 *bis* - sostenendosi che quella ora descritta è di fatto una particolare modalità di detenzione illecita del bene - o deve contestarsi la sussistenza del delitto di cui all'art. 648 c.p., o non si deve invece ritenere di essere in presenza di un mero illecito amministrativo, punito dall'art. 174 *quater* di cui si farà menzione più avanti?

La risposta a tali quesiti - nonostante la lettura della decisione possa far pensare altrimenti - si presenta tutt'altro che agevole ed anzi, come si vedrà, è ben lungi dall'essere rinvenuta. In ogni caso, nonostante le domande sopra formulate sembrano far riferimento a problematiche inerenti l'elemento oggettivo del reato in discorso, le relative risposte (sono state fornite dal legislatore a mezzo della costruzione e) sono rinvenibili solo con lo studio dell'elemento soggettivo dell'illecito ed è all'esame di tale profilo che ci si deve dunque dedicare.

2. Per analizzare quale sia il contenuto necessario per integrare l'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 171 *bis* l. N. 633 del 1942 è utile e necessario ricordare quali siano le differenze correnti sul punto fra le varie versioni che di tale disposizione si sono succedute nel tempo.

In primo luogo, l'originaria previsione puniva "chiunque abusivamente duplica[va] a fini di lucro, programmi per elaboratore", mentre con la modifica del 2000 è punito "chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, pro-

grammi per elaboratore”; in secondo luogo, mentre nella previsione ora vigente è penalmente responsabile chi “per trarne profitto, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale” i programmi per elaboratori, nella previsione *ante* riforma era sanzionato chi, sempre a fini di lucro, “detene[va] a scopo commerciale” il *software*; infine, l’originaria versione dell’art. 171 bis puniva le condotte di importazione, distribuzione, vendita e detenzione solo se assunte “sapendo o avendo motivo di sapere che si tratta di copie non autorizzate”, mentre l’attuale disposizione si limita a richiedere che tali comportamenti abbiano ad oggetto “programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori”.

Tralasciando, perché di scarso rilievo e di nessuna importanza per il discorso che si va facendo, il profilo attinente la conoscenza, da parte del soggetto agente, della irregolarità dei supporti contenenti il *software* di cui lo stesso abbia la disponibilità, l’attenzione dell’interprete deve innanzitutto soffermarsi sulle modalità con cui il responsabile del reato deve detenere il prodotto informatico di provenienza illecita: secondo la primaria versione della norma rilevava penalmente la detenzione a soli fini commerciali, mentre ora la detenzione può essere tanto contrassegnata da finalità commerciali che da ragioni di carattere imprenditoriale.

Per comprendere la *ratio* di tale innovazione va ricordato come la direttiva comunitaria 91/250/CEE del 14 maggio 1991 (relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore), nella versione in lingua inglese, con riferimento alla detenzione abusiva dei programmi di software, demandasse alle legislazioni degli stati membri l’adozione di “appropriate misure (al di là di quelle civilistiche sulla tutela del diritto d’autore) anche in relazione ai casi di ‘*possession for commercial purposes*’”. Nella traduzione italiana la suddetta espressione in lingua inglese veniva dapprima espressa, nella legge 19 dicembre 1992 n. 489, contenente per l’appunto la delega al Governo per l’attuazione della predetta direttiva 91/250/CEE, con la formula “detenzione per scopo commerciale”; successivamente l’art. 10 del decreto legislativo n. 518 del 1992, introducendo il citato art. 171 *bis*, correlava la sanzione penale alla condotta di chi “deteneva a scopo commerciale” i programmi per elaboratore illecitamente copiati. Tale formula linguistica adottata dal legislatore nazionale lasciava però in ombra quale fosse la sorte di tutte quelle ipotesi (presumibilmente numerose) in cui la detenzione del *software* privo di licenza non fosse destinata a scopi strettamente commerciali (si pensi, ad esempio, alla detenzione del programma onde diffondere copie dello stesso dietro pagamento di un corrispettivo), bensì a rivestire una qualche funzione

nell'ambito dello svolgimento dell'attività imprenditoriale esercitata dal detenuto.

Per eliminare ogni perplessità dunque il legislatore, nel riformare la fattispecie, con il decreto legislativo del 2000 decise di integrare la precedente versione della norma, stabilendo espressamente anche la rilevanza penale delle ipotesi di detenzione dei programmi "pirata" effettuata a scopo imprenditoriale; di conseguenza, allo stato non dovrebbero esservi dubbi circa la possibilità di sanzionare anche le fattispecie di detenzione abusive del *software* per un uso per così dire interno dello stesso, un uso cioè limitato allo svolgimento di una attività imprenditoriale caratterizzata da uno scopo commerciale, "purché tale attività [sia] favorita dall'utilizzo del programma con la consapevole finalità di servirsi di copie non autorizzate per percepire un vantaggio di tipo patrimoniale consistente nell'immediato risparmio sul relativo costo di acquisto" (FIORE, *Diritto d'autore (reati in materia di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. II, Torino 2000, 178; BERSANI, *La tutela penale del software*, in *Impresa*, 2005, 795; ANGELINI, *Riflessi penalistici della duplicazione privata di software*, in *Giust. Pen.*, 2000, II, 608).

Tuttavia, nonostante tale innovazione espressamente voluta dal legislatore residua comunque – a nostro parere – uno spazio interpretativo per continuare a sostenere l'irrelevanza penale della ipotesi di uso interno del *software* anche da parte di un imprenditore. Per comprendere però quale sia la nostra opinione bisogna considerare quale sia il ruolo, all'interno del sistema sanzionatorio diretto a protezione del diritto d'autore, della previsione di cui all'art. 174 ter: di conseguenza, rimandiamo l'approfondimento del tema al momento in cui, prossimamente, analizzeremo questa particolare fattispecie.

La terza differenza corrente fra l'originaria versione dell'art. 171 *bis* e quella risultante dopo la modifica del 2000 attiene, come accennato, alle generiche finalità nel perseguimento delle quali le diverse condotte di utilizzo del *software* devono essere poste in essere. In base alla novella del 1992 per la sussistenza del reato l'azione del soggetto responsabile dell'illecito doveva caratterizzarsi per la presenza di un intenso "fine di lucro", mentre dopo la riforma del 2000 ad integrare il reato è sufficiente la presenza di una generica finalità di "profitto". Nonostante nel linguaggio comune queste due formulazioni linguistiche abbiano pressoché il medesimo significato, l'innovazione introdotta con il decreto legislativo 248 del 2000 è assai importante giacché consente di attribuire rilevanza penale anche alla condotta di chi proceda alla copia del *software* privatamente, solo nel suo esclusivo interesse.

Per comprendere le ragioni di questa modifica della previsione occorre ricor-

dare come nella vigenza della precedente versione della norma la dottrina maggioritaria (ALESSANDRI, *Sanzioni penali (commento all'art. 171 bis l. Aut.)*, in UBERTAZZI (a cura di), *La legge sul software*, Milano 1994, 229; PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino 1999, 207; RISTUCCIA - ZENO ZENCVOVICH, *Il software nel decreto legislativo n. 516 del 1982*, Padova 1993, 69) e parte della giurisprudenza (soprattutto la giurisprudenza di merito: Pret. Cagliari, 3 dicembre 1996, Contu, in *Dir. Autore*, 1998, 221; Pret. Milano, 8 marzo 1999, in *Foro ambrosiano*, 1999, 212; Trib. Perugia, 26 aprile 2000, *inedita*) sostenessero che la previsione incriminatrice andava applicata ai soli comportamenti guidati dallo esclusivo scopo di conseguire un guadagno di tipo economico. In sostanza, si attribuiva all'espressione "lucro" utilizzata dal legislatore un significato assolutamente specifico, sostenendo che tale parola indicasse solo l'accrescimento positivo del patrimonio del soggetto agente, con la conseguenza che venivano ritenute penalmente non significative le abusive duplicazioni di programmi informatici fatte dal singolo al solo scopo di risparmiare la spesa necessaria per il regolare acquisto del software.

Per arrestare tale pericoloso (per gli interessi dei produttori del programma informatico) orientamento giurisprudenziale il legislatore è per l'appunto intervenuto a descrivere il contenuto della volontà del soggetto agente utilizzando, in luogo della pregnante espressione "a fini di lucro", la più generica formula "per trarne profitto". Tale modifica, secondo l'assoluta maggioranza degli autori, sarebbe il segnale pressoché inequivocabile dell'intenzione di "estendere l'incriminazione al fenomeno numericamente più diffuso (ed economicamente più dannoso), vale a dire la duplicazione effettuata con lo scopo del risparmio di spesa (per sé o per chi riceve la copia privata), dato che la duplicazione a scopo commerciale era già coperta dal dolo specifico orientato al lucro" (FIORE, *Diritto d'autore*, cit., 173. Anche BERSANI, *La tutela penale*, cit., 795).

Diverse considerazioni sorreggono questa conclusione. In primo luogo, infatti, che nel linguaggio del diritto penale sussista una radicale differenza fra le due nozioni di "lucro" e di "profitto" è acquisizione pacifica nella giurisprudenza e la distinzione fra tali due categorie è proprio quella sopra indicata, dovendosi per l'appunto riconoscersi all'espressione profitto una maggiore ampiezza di significato rispetto a quella attribuita alla parola lucro, come dimostrato ad esempio dalla giurisprudenza in tema di furto (Cass., sez. II, 22 giugno 1983, Artusa, in *Cass. Pen.*, 1985, 880) o di ricettazione (Cass., sez. II, 9 giugno 1981, Fanza, in *Cass. Pen.*, 1983, 316). In secondo luogo, se la

previsione incriminatrice in discorso ha come oggetto giuridico – verso il quale è diretta la relativa tutela – gli interessi patrimoniali del titolare dei diritti di utilizzazione dell’opera, non si comprende perché non dovrebbe sussistere il reato laddove questi vengano lesi (non mediante una condotta connotata da finalità commerciale, bensì) per il tramite di una abusiva (per quanto certo economicamente poco significativa) copia del programmi, mercé la quale il soggetto agente evita di corrispondere il dovuto per il regolare acquisto del prodotto con licenza d’uso (Cass., sez. III, 5 luglio 2001, Ashour, in *Mass. Uff.* 219683; Cass., sez. III, 28 giugno 2001, Furci, in *Cass. Pen.*, 2003, 2024).

3. Sulla base delle precedenti riflessioni risulta possibile fornire una prima conclusione – anche se, come si vedrà fra breve, assolutamente parziale – circa l’ambito di applicazione della previsione dell’art. 171 *bis* della legge n. 633 del 1941.

In proposito, infatti, non sembra discutibile che l’intenzione del legislatore, manifestatasi chiaramente in occasione della riforma del 2000, sia stata quella di assicurare alla predetta disposizione il maggior ambito di efficacia possibile, consentendo il ricorso alla sanzione penale ogni qualvolta l’utilizzo del programma di *software* avvenga in maniera irregolare, ovvero in assenza del consenso del creatore o del produttore del programma medesimo.

Tale severa impostazione della normativa risulta particolarmente evidente considerando soprattutto due circostanze in presenza delle quali la previsione di cui al citato art. 171 *bis* prevede l’applicazione della relativa sanzione. Infatti, il legislatore non si è limitato a qualificare come illecito penale la condotta di chi distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o concede in locazione programmi per elaboratore - ipotesi nelle quali si è senz’altro in presenza di una evidente e significativa lesione degli interessi patrimoniali attribuiti al titolare del diritto di sfruttamento del *software* -, ma ha riservato analogo trattamento a comportamenti che *ictu oculi* risultano privi di tale idoneità lesiva o che comunque presentano una capacità offensiva assolutamente ridotta rispetto agli interessi patrimoniali ed economici tutelati. In particolare, sorprende e lascia perplessi la scelta di ricorrere allo strumento penalistico anche in due ipotesi che appaiono foriere di una aggressione assai poco significativa nei confronti della posizione del titolare del diritto di utilizzo del *software*.

In primo luogo, secondo quanto sopra chiarito, la detenzione abusiva di programmi per elaboratore viene sanzionata ogni qualvolta il detentore eserciti attività imprenditoriale, non rilevando la natura commerciale della sua impresa ma essendo sufficiente che tale attività sia favorita dall’utilizzo di copie irre-

golari di un programma informatico abusivamente detenute, onde percepire così un vantaggio di tipo patrimoniale consistente nell'immediato risparmio del relativo costo di acquisto. In secondo luogo, viene sanzionata la condotta di duplicazione abusiva del prodotto informatico, la quale non deve essere necessariamente diretta all'accrescimento positivo del patrimonio del soggetto agente, riconoscendosi penale rilevanza anche alle abusive duplicazioni di programmi informatici fatte dal singolo al solo scopo di risparmiare la spesa necessaria per il regolare acquisto del *software*.

Tuttavia, nonostante le considerazioni sopra esposte, ci sembra che ulteriori e recenti interventi normativi aventi ad oggetto la disciplina in materia di diritto d'autore lascino intravedere spazi interpretativi per continuare a sostenere l'irrelevanza penale di diverse ipotesi di abusivo uso dei programmi di software. In particolare intendiamo riferirci al contenuto della previsione di cui all'art. 174 *ter* legge n. 633 del 1941 - introdotto con la legge n. 248 del 2000 e poi modificato con il decreto legislativo n. 68 del 2003 -, disposizione rivolta a sanzionare gli utilizzatori abusivi di opere dell'ingegno tutelate dal diritto d'autore e gli acquirenti di prodotti non conformi alle prescrizioni della legge n. 633 del 1941, ma a condizione che la condotta tenuta dal soggetto agente non presenti una rilevanza penale, ovvero - come esprime la previsione in discorso - "purché il fatto non concorra con i reati di cui agli articoli 171 , 171 *bis*, 171 *quater*, 171 *quinqüies*, 171 *septies* ed 171 *octies*".

Questa formula linguistica esprime una cosiddetta clausola di riserva, nel senso che il legislatore ha voluto così riconoscere uno spazio di applicazione alla contestazione dell'illecito amministrativo solo laddove non sussistano gli elementi di fatto necessari per far luogo alla imputazione di uno dei reati previsti da altri articoli della medesima legge n. 633 (in questo senso FIORE, *Diritto d'autore*, cit., 194). La medesima clausola di riserva era contenuta nell'originaria versione dell'art. 174 *ter*; laddove, con espressione più chiara, la stessa affermazione era resa con la frase "purché il fatto non costituisca concorso nei reati di cui agli artt. 171, 171 *bis*, 171 *quater*, 171 *quinqüies*, 171 *septies* ed 171 *octies*"; è plausibile dunque che, nonostante la modifica lessicale, il legislatore abbia inteso esprimere il medesimo concetto, ovvero la necessità, per potersi contestare l'illecito amministrativo, che le condotte descritte dal predetto articolo 174 *ter* non risultino rilevanti all'interno di un concorso di persone nella realizzazione di uno dei reati in materia di diritto d'autore. E' proprio tale lettura dei rapporti fra il citato art. 174 *ter* e le altre disposizioni contenute nella legge n. 633 che apre prospettive assai problematiche ed idonee a mettere nel nulla gran parte delle riflessioni da noi sviluppate in pre-

cedenza circa l'ambito di applicazione della fattispecie criminosa di cui all'art. 171 *bis*.

Infatti, l'art. 174 *ter* richiama – escludendone la rilevanza penale a meno che non concretino un concorso nelle diverse fattispecie penalistiche – le condotte di chi acquista o noleggia prodotti non conformi alla legge sul diritto d'autore. Rispetto a tali fattispecie la previsione di cui all'art. 174 *ter* non pone alcun problema; tali comportamenti in effetti non sono ricompresi nel novero delle ipotesi formulate dall'art. 171 *bis* e quindi non sono penalmente sanzionabili, di modo che nessun perplessità sorge a seguito dell'entrata in vigore di una norma che punisca queste condotte come illeciti amministrativi. Il ragionamento è però affatto diverso con riferimento alla parte dell'art. 174 *ter* in cui la qualifica di illecito amministrativo è riservata anche alle condotte di chi “abusivamente utilizza ... duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti”. In questo caso, infatti, la norma qualifica come illeciti amministrativi condotte che in precedenza, nel corpo del medesimo testo di legge, e precisamente dall'art. 171 *bis*, erano state qualificate come fattispecie di reato, con il conseguente insorgere di una insanabile contraddizione, la cui risoluzione – nel silenzio della norma – è rimessa solo all'interprete.

Per sciogliere tale nodo ermeneutico, da parte di alcuni si è ritenuto che i rapporti fra l'art. 171 *bis* e l'art. 174 *ter* andrebbero impostati nel modo seguente. Poiché la seconda delle due disposizioni citate considera e qualifica come illecito amministrativo il solo comportamento di chi “abusivamente ... duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti”, l'art. 171 *ter* andrebbe applicato solo laddove la condotta di abusiva duplicazione e riproduzione del *software* avvenga mediante l'ausilio di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione ovvero sia diretta ad aggirare in qualsiasi modo eventuali tecniche informatiche dirette ad impedire la copia del programma; di contro, allorquando le medesime condotte siano tenute su prodotti informatici privi di tali strumenti di protezione, allora dovrebbe applicarsi la più generale disposizione di cui all'art. 171 *bis*, con conseguente riconoscimento della rilevanza penale della vicenda (per questa proposta, sia pure in forma estremamente dubitativa, FIORE, *Diritto d'autore*, cit., 194).

A nostro parere, tuttavia, questa posizione non risulta sostenibile. In primo luogo, l'art. 714 *ter* non punisce con la sanzione amministrativa solo il sogget-

to che agisca avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti, bensì sanziona le suddette condotte di duplicazione e riproduzione allorquando siano tenute “anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti”: è evidente che la presenza della parola “anche” non limita lo spettro di applicazione della norma, bensì lo amplia, dovendosi la previsione normativa leggere nel senso che le condotte suddette rappresentano una violazione amministrativa, sia che siano tenute avvalendosi della strumentazione predetta, sia che questa metodologia non venga usata. In secondo luogo, proprio alla luce della presenza dell’avverbio “anche” nel corpo della disposizione può ritenersi che laddove il legislatore parla di “opere e materiali protetti” esso intenda riferirsi, piuttosto che all’apposizione di particolari strumenti informatici diretti ad impedire la duplicazione del programma, alla più generale protezione giuridica offerta dalla legge sul diritto d’autore a questo prodotto intellettuale. In sostanza, secondo la tesi da noi avanzata, la norma preciserebbe – sia pur in maniera chiaramente superflua – che la violazione amministrativa sussisterebbe solo se le condotte vietate fossero dirette ad aggredire opere tutelate dalla legge n. 633, perché in possesso dei diversi requisiti richiamati da tale normativa e qualificabili perciò come opere dell’ingegno.

Infine, la tesi sovra esposta va rifiutata perché conduce ad una conclusione chiaramente irragionevole. Secondo la posizione che si critica, infatti, ad essere punita più severamente – dovendosi ad essa applicare le severe punizioni previste dall’art. 171 *bis*, e non invece la mera sanzione amministrativa - non sarebbe la condotta più grave e connotata da un’intenzione criminosa decisamente più pregnante e significativa – quale appunto quella di chi procede alla duplicazione e/o riproduzione di un *software* aggirandone le misure tecnologiche di protezione -, bensì il (decisamente meno riprovevole) comportamento di chi utilizza abusivamente un programma informatico senza però operare minimamente sul funzionamento dello stesso e senza far alcun ricorso a fraudolente tecniche di aggiramento o superamento di inesistenti tecniche di protezione.

Alle luce di queste considerazioni, dunque, occorre riconoscere che – quanto meno per il profilo oggettivo, in relazione cioè ai comportamenti considerati dalle due disposizioni in parola – l’ambito di applicazione dell’art. 171 *bis* e dell’art. 174 *ter* è completamente sovrapponibile, nel senso che le condotte di abusiva duplicazione ed utilizzazione richiamate dai suddetti articoli sono le medesime.

A questo punto, se si vuole rinvenire un criterio differenziale fra la previsione

criminosa di cui all'art. 171 *bis* e la violazione amministrativa descritta dal successivo art. 174 *ter* è necessario rifarsi all'elemento soggettivo richiesto dalle due fattispecie, sostenendo ad esempio che l'atteggiamento psicologico richiamato dalla disposizione incriminatrice di cui all'art. 171 *bis* è considerevolmente diverso e più intenso rispetto all'atteggiamento soggettivo che caratterizza il soggetto che pone in essere la semplice contravvenzione amministrativa di cui all'art. 174 *ter*.

Tuttavia, nemmeno questa prospettiva è sufficiente ed idonea a differenziare le due ipotesi. Infatti, per quanto riguarda la condotta di duplicazione, l'art. 171 *bis* subordina la sua rilevanza penale alla circostanza che la stessa sia assunta con il dolo di trarne profitto, di modo che potrebbe sostenersi che laddove tale particolare atteggiamento soggettivo manchi non si sarebbe in presenza di un reato, ma della contravvenzione delineata dall'art. 171 *bis*. Orbene, questa tesi è palesemente insostenibile, proprio in ragione della scarsissima capacità selettiva della particolare figura di dolo specifico richiesta dall'art. 171 *bis*, la quale evidentemente caratterizza l'atteggiamento soggettivo di chiunque proceda alla duplicazione non autorizzata del prodotto informatico. Se infatti la precedente versione dell'art. 171 *bis* antecedente la riforma del 2000, richiedendo che l'agente agisse con un fine di lucro, richiamava una prospettiva volontaristica effettivamente idonea a differenziare identici comportamenti di duplicazione del *software*, perché non sempre chi assume tale comportamento ha come finalità l'accrescimento positivo del suo patrimonio, dopo la modifica della disposizione - richiedendosi un generico dolo di profitto - deve ritenersi che un tale connotato soggettivo non potrà mai mancare in capo al singolo che utilizza abusivamente il programma, essendo difficile immaginare ipotesi nelle quali chi procede alla duplicazione di un *software* non persegua comunque un qualche profitto - fosse pure per risparmiare sul relativo costo d'acquisto del programma.

Analoghe riflessioni possono porsi con riferimento ad un'ulteriore condotta considerata quale illecito penale dall'art. 171 *bis* ed invece trattata come contravvenzione amministrativa dall'art. 174 *ter*: intendiamo riferirci alla ipotesi di abusiva detenzione di *software* a scopo imprenditoriale, da noi ritenuta assolutamente equivalente alla più generica condotta di utilizzazione del medesimo prodotto dell'ingegno considerata dal citato art. 174 *ter*. E' noto come l'inserimento, nel corpo della preesistente disposizione dell'art. 171 *bis*, dell'ipotesi di detenzione del *software* "pirata" a scopo imprenditoriale sia stata dettata dall'esigenza di rendere senz'altro punibili le ipotesi in cui in cui il possesso del prodotto informatico senza la titolarità della relativa licenza

non sia destinata a scopi strettamente commerciali (non sia cioè diretta alla diffusione del relativo supporto illecito dietro pagamento di un corrispettivo), bensì sia tesa a rivestire una qualche funzione nell'ambito dello svolgimento dell'attività imprenditoriale esercitata dal soggetto agente, il quale cioè si limiti ad un mero uso interno del programma per elaboratore con la consapevolezza di servirsi di copie non autorizzate e percepire così un vantaggio di tipo patrimoniale consistente nell'immediato risparmio sul relativo costo di acquisto. Ricostruito in questi termini il contenuto ed il significato dell'espressione "detenzione a scopo imprenditoriale", tuttavia, non si riesce a comprendere in cosa tale formula linguistica possa differenziarsi dalla condotta di "utilizzazione" richiamata dal successivo art. 174 *ter*: senz'altro l'espressione richiamata da tale ultima disposizione è più generica rispetto a quella utilizzata dall'art. 171 *bis*, ma proprio perché si tratta di una formula linguistica assai ampia essa deve essere ritenuta idonea a ricomprendere anche il comportamento di chi, venuto in possesso di una copia "pirata" di un programma informatico, lo utilizza appunto all'interno della sua azienda ottenendo da tale uso abusivo il solo vantaggio economico rappresentato dall'aver risparmiato di pagare il costo del prodotto.

In conclusione, noi riteniamo che con l'introduzione dell'art. 174 *ter* nel sistema normativo delineato dalla legge n. 633 il legislatore abbia realizzato una significativa depenalizzazione della condotte in precedenza considerate penalmente rilevanti dall'art. 171 *bis*. In particolare, alla luce dell'articolazione dei rapporti fra la previsione di cui all'art. 171 *bis* e quella di cui al successivo art. 174 *ter* devono allo stato ritenersi penalmente rilevanti le condotte di importazione, distribuzione, vendita, detenzione a scopo commerciale e concessione in locazione di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori; di contro, risultano depenalizzate e punite con la mera sanzione amministrativa le ipotesi di duplicazione e detenzione a scopo meramente personale o imprenditoriale dei medesimi prodotti.

4. Utilizzando la medesima chiave di lettura sopra proposta che valorizza la presenza nel sistema sanzionatorio della legge n. 633 l'art. 174 *ter* va poi affrontata e risolta un'ulteriore ipotesi problematica attinente i rapporti fra la normativa in tema di diritto d'autore ed un'altra fattispecie criminosa, quella di ricettazione prevista dall'art. 648 c.p..

Dei rapporti fra i reati previsti dalla legge n. 633 del 1941 ed il delitto di ricettazione la giurisprudenza si è spesso occupata, ma facendo essenzialmente

riferimento alla sola posizione dei soggetti che risultassero autori dei reati contro il diritto d'autore sostenendo costantemente che colui il quale destini alla vendita o al noleggio opere dell'ingegno già di provenienza illecita, perché in precedenza a loro volta abusivamente duplicate da terze persone, risponda tanto dei diversi illeciti richiamati dalla legge n. 633 quanto del delitto di ricettazione ex art. 648 c.p.. Secondo questa impostazione, infatti, mentre "colui il quale abbia concorso nell'abusiva duplicazione o riproduzione di opere cinematografiche o audiovisive non deve rispondere anche della successiva commercializzazione o diffusione dell'opera abusivamente duplicata o riprodotta, giacché la commercializzazione o diffusione dell'opera viene configurata dal legislatore come un "post factum" non punibile ed anzi costituisce normalmente la concreta realizzazione del fine perseguito dall'agente con la duplicazione o riproduzione dell'opera" (Cass., sez. III, 27 febbraio 2003, Tedeschi, inedita. Così anche Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, Marino, inedita, su cui si tornerà in seguito), assolutamente diversa deve essere la conclusione laddove il soggetto agente in possesso del *software* non sia stato l'autore dell'abusiva duplicazione o riproduzione, ma l'opera dell'ingegno gli sia stata consegnata da terzi in precedenza, prima della commercializzazione: in questa ipotesi infatti si ritiene "configurabile il delitto di ricettazione, oltre a quello previsto dall'art. 171 ter comma 1 lett. b) l. 22 aprile 1941 n. 633, a carico di colui che, dopo averle acquistate, detenga per la vendita videocassette abusivamente riprodotte"(Cass., sez. II, 10 febbraio 1998, Malick, in *Riv. Pen.*, 1998, p. 1133. Nello stesso senso, Cass., sez. II, 19 aprile 1991, Enardu, in *Mass. Uff.*, 188777; Cass., sez. II, 12 gennaio 1989, Dell'Armi, in *Mass. Uff.*, 181300; Cass., sez. II, 24 novembre 1987, Cuomo, in *Mass. Uff.*, 179083).

La prospettiva è destinata naturalmente a cambiare con riferimento alla posizione del soggetto che proceda al semplice acquisto o utilizzo del *software* di provenienza illecita, senza però procedere poi alla commissione di ulteriori condotte illegali aventi ad oggetto tale opera dell'ingegno. In assenza di una previsione quale quella di cui all'art. 174 *ter* non vi sarebbe infatti nessun dubbio circa la configurabilità in tal caso del reato di ricettazione a carico di chi riceve il bene di provenienza illecita; tuttavia, tale affermazione non può essere mantenuta ferma proprio per la presenza, nel sistema normativo dedicato al diritto d'autore, di una previsione quale quella di cui al citato art. 174 *ter*.

Nonostante alcuni autori si siano espressi nel senso di ritenere ancora sussistente il reato di ricettazione nell'ipotesi in parola (RINALDI, *Le nuove norme sulla tutela del diritto d'autore*, in *Leg. Pen.*, 2002, 87; TERRACINA,

La legge 18 agosto 2000 n. 248 e l'evoluzione della tutela penale del diritto d'autore, in *Riv. Pen.*, 2000, 1089), a nostro parere non può essere ignorata la presa di posizione che il legislatore ha assunto proprio con la previsione di cui all'art. 174 *ter* che espressamente prevede e sanziona l'acquisto del prodotto illecito esclusivamente con misure sanzionatorie di tipo amministrativo. Né può sostenersi che le due fattispecie - quella di cui all'art. 648 c.p. e la violazione amministrativa - possano concorrere, atteso che la previsione di cui all'art. 174 *ter* della legge n. 633 del 1941 si pone senz'altro come speciale rispetto all'art. 648 c.p. e quindi essa solo deve trovare applicazione nel caso di specie in virtù del principio di specialità di cui all'art. 9 della legge n. 689 del 199.

In conclusione, al pari di quanto sostiene la maggioranza degli autori (BERSANI, *La tutela penale*, cit., 797; FIORE, *Diritto d'autore*, cit., 195; DE FALCO, *Se il "vu cumprà" resta un ricettatore*, in *Dir. Giustizia*, 2005, 33, 122; MACCHIA, *Due condotte, ma il reato è uno solo*, *ivi*, 2004, 14, 54; FORLENZA, *Una doppia sanzione per punire un solo illecito*, in *Guida Diritto*, 2000, 34, 56; MINOTTI, *Diritto penale e disciplina penale dopo la legge n. 248/2000*, in SIROTTI -GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Rimini, 2002, 349), riteniamo che l'art. 174 *ter* abbia "sottratto dall'alveo della tutela penale la condotta di chi acquista *software* illecitamente duplicato a patto che non sia concorso nella riproduzione, prevedendo una semplice sanzione amministrativa. Si tratta, dunque, di una norma residuale con la quale il legislatore ha sanzionato in modo meno rigido la condotta di chi acquista *software* illegale per uso personale, quasi prendendo atto che tale pratica è ormai assai diffusa in tutti i paesi in cui, come il nostro, la tecnologia è divenuta fenomeno di massa" (BERSANI, *La tutela penale*, cit., 797).

Alla medesima conclusione peraltro sembra essere giunta anche la cassazione. Ad esempio in ben tre decisioni della Cassazione si legge che "in tema di tutela del diritto d'autore, la condotta di acquisto o noleggio di supporti audiovisivi abusivamente riprodotti punita con l'art. 171 *ter* legge 22 aprile 1941, n. 633, come modificato dall'art. 16 legge n. 248 del 2000, con una sanzione amministrativa pecuniaria, integra un semplice illecito amministrativo, e non concorre, quindi, con il reato di ricettazione, di cui all'art. 648 c.p., atteso che tra le due norme sussiste un rapporto di continenza, in quanto nella norma codicistica sono compresi tutti gli elementi costitutivi della norma introdotta dalla legge n. 633, come modificata, che descrive, più specificamente condotte già comprese, sul piano astratto, nella prima, con la quale si pone in rapporto di specialità" (Cass., sez. II, 18 gennaio 2005, Menbue, in *Mass. Uff.*,

ARCHIVIO PENALE 2012, n.13

230699. Si veda anche Cass., sez. III, 16 aprile 2004, Ambrogio, in *Mass. Uff.*, 229118; Cass., sez. III, 25 maggio 2004, Ambrogio, in *Mass. Uff.*, 229118. Si veda anche Cass., sez. III, 23 settembre 2004, X, in *Impresa*, 2005, 1214. Da ultimo la medesima posizione è stata assunta dalle sezioni unite, cfr. Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, Marino, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 191).